

AS REAÇÕES À DECISÃO DO STF SOBRE A PROGRESSÃO NOS CRIMES HEDIONDOS

JAIR LEONARDO LOPES

Professor titular de Direito Penal aposentado da Faculdade de Direito da UFMG, ex-membro da Comissão Revisora do Anteprojeto da Parte Geral do Código Penal e desembargador aposentado do TJMG

O Supremo Tribunal Federal, pelo voto da maioria absoluta de seus ministros, declarou inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, que proibia a progressão no cumprimento da pena dos chamados "crimes hediondos". A decisão suscitou comentários apressados, não só de alguns operadores do Direito, inconformados com a decisão, mas, também, de pessoas despreparadas para tratar do assunto, inclusive como matéria jornalística, fazendo-se retórica demagógica, reiterativa da equivocada posição da mídia, que ainda parece supor possa a violência ser contida por leis penais cada vez mais drásticas.

É conveniente que se lembre a forma pela qual aquele Excelso Pretório chegou àquela decisão e, também, que se esclareça porque pôde o Supremo Tribunal julgar como julgou.

A Constituição Federal assegurou ao cidadão, se condenado, a individualização da pena e do regime em que deva ser cumprida. A individualização da pena realiza-se em três fases: *a legislativa, a judicial e a administrativa*. As duas últimas estão condicionadas pela primeira e esta pela Constituição. A **individualização judicial** compete ao juiz que, tendo condenado o acusado, deverá, na mesma sentença fazer-lhe a aplicação da pena.

A primeira operação mental do processo de aplicação da pena consiste em fixar a chamada *pena-base*, para o que o juiz atenderá às circunstâncias mencionadas no art. 59, do Código Penal, manifestando-se sobre os antecedentes do condenado, sua conduta social, sua

personalidade, se de boa ou má índole, se o seu motivo foi de relevante valor moral ou social, torpe ou fútil, quais as consequências do crime e, ainda, o comportamento da vítima, que influirá na aplicação da pena, pois, pode ter sido provocadora ou nada ter feito para ser vítima do crime. A individualização consiste, precisamente, na consideração de todas estas circunstâncias previstas, abstratamente, na lei e a serem, concretamente, extraídas da prova dos autos, para dosagem da pena, entre o mínimo e o máximo da cominação legal; devendo a quantidade da pena ser menor ou maior em função, respectivamente, do juízo de reprovação favorável ou desfavorável ao condenado.

É evidente que, valorando a pessoa do condenado, por seu comportamento criminoso, por suas virtudes e seus vícios, por sua boa ou má índole, por sua motivação nobre ou torpe, tudo com base na prova existente, o juiz fará a aplicação individualizada da pena, adequada àquela pessoa e àquelas circunstâncias fáticas, o que constitui uma garantia para o condenado, que há de ser punido pelo que era e é, pelo que fez, e não por outros critérios. É óbvio que não pode estar sujeito ao mesmo grau de reprovação, por exemplo, o pai, que mata o estuprador de sua filha, alvejando-o pelas costas; e o estuprador, que mata o pai, quando este se dirigia à Polícia para representar contra aquele. Ambos cometeram homicídio qualificado e deverão ser, punidos, sendo a pena cominada de 12 a 30 anos, porém, a individualização evitará a injustiça de aplicar aos dois pena com a mesma duração.

Incumbe ao juiz, concluída a aplicação da pena-base, na forma exposta, passar à dosagem final daquela pena, levando em conta atenuantes, agravantes, causas de diminuição e de aumento da pena (art. 68, do CP), as quais estão descritas, prévia e expressamente na lei.

Após chegar à pena definitiva ou concreta, restará ao juiz indicar o regime de seu cumprimento, que são três: **o fechado**, para o condenado cuja pena seja superior a oito anos; **o semi-aberto**, para o

condenado, não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito; o **aberto**, para o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos.

Aí já se está na terceira etapa do processo de individualização da pena que é o **administrativo ou de sua execução**. O juiz, nesta terceira fase, determinará o regime inicial de cumprimento da pena, considerando as circunstâncias do art. 59, do Código Penal, que são as mesmas já mencionadas para aplicação da pena, e, ainda, tendo em vista a quantidade da pena aplicada, consistindo a individualização, também, no cumprimento da pena

em forma progressiva com transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão.

O texto acima, digitado em itálico, era parte do teor do art. 112, da Lei de Execução Penal, antes da Lei nº 10.792, de dezembro de 2003, que inventou o malfadado Regime Disciplinar Diferenciado, e alterou a parte final do texto acima destacado, substituindo-a, após as palavras "regime anterior" por:

e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, **respeitadas as normas que vedam a progressão.**

A nosso ver, em face da recente decisão do Supremo Tribunal Federal, aqui comentada, a parte, supra em negrito, não produzirá mais qualquer efeito, porque já não existe norma que vede a progressão. Assim sendo, a individualização tornou-se possível, também, nos crimes hediondos, em obediência ao disposto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, devendo processar-se na forma do art. 33, § 3º do Código Penal e do art. 112, da Lei de Execução, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 10.792, *excetuada sua parte final que ficou sem objeto.*

Afinal, tanto pode haver **progressão** no regime de cumprimento da pena como também, **regressão**, com transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; sofrer condenação por crime anterior, cuja pena, somada ao restante daquela em execução, torne incabível o regime.

Como acima já mencionado, a individualização, tanto judicial como administrativa ou da execução, efetiva-se na forma da lei, por isso, é do maior interesse a fase de elaboração da lei, consistente na **individualização legislativa**, que estabelece os parâmetros de aplicação da pena e dos regimes para seu cumprimento, respeitada a Constituição.

Em tal fase, o legislador considerará, para propor a pena, o conteúdo de valor do bem ou interesse que se quer defender, mediante a ameaça de punir quem lhe cause dano ou o exponha a perigo, que é a probabilidade do dano. Para tanto, o legislador escolhe a qualidade e quantidade da pena que lhe pareça necessária e suficiente para a prevenção e repressão de quem ofenda ou exponha a perigo o bem jurídico que se quer proteger.

É necessário que a pena, escolhida pelo legislador, deva ser proporcional à reprovabilidade do agente, em razão das circunstâncias de sua conduta e o resultado dela. Em nosso Direito Penal, a cada conduta punível foi cominada uma pena mínima e outra máxima, isso porque o mesmo bem ou valor pode ser lesado ou exposto a perigo por circunstâncias e motivos diversos. Com efeito, não poderia ter a mesma duração a pena cominada a quem mata no calor de violenta discussão durante uma luta e aquele que mata quando a vítima estava inteiramente desprevenida e sem condições de defender-se. Em ambas as hipóteses, a pena escolhida pelo legislador foi a privativa de liberdade que, aliás, constitui a coluna vertebral do sistema punitivo em nosso País. Mas, no primeiro caso, acima figurado, a pena cominada é privativa da liberdade

de 6 a 20 anos de reclusão (art. 121, do Código Penal) e, no segundo caso, é de 12 a 30 anos (art. 121, § 2º, inciso IV, do mesmo Código).

Para a proteção da vida humana, no crime de sua eliminação, o legislador chegou a fixar em trinta anos o máximo de pena a ser cumprida, porém, no exemplo supra, realizou a individualização, qualitativa e quantitativamente, ao estabelecer o mínimo e o máximo da cominação legal, proporcionalmente à conduta de cada agente e à gravidade do resultado. Por estes e muitos outros fundamentos, é indispensável que a cominação legal das penas seja individualizada, tendo-se em conta o grau de reprovação social do agente ou agentes, para ser adequada a cada qual.

Entretanto, na individualização legislativa da pena nem sempre se observou a proporcionalidade como um dos critérios para estabelecer os quantitativos da cominação legal. Por exemplo, não se atendeu ao princípio da proporcionalidade ao cominar-se a mesma pena ao estupro e ao atentado violento ao pudor. Aos dois crimes cominou-se a pena de 6 a 10 anos. A desproporcionalidade na individualização legislativa é grave e definitiva, porque só será corrigida por outra lei, pois o juiz não pode modificar seus quantitativos mínimo e máximo, salvo se aplicável alguma causa de diminuição (ex.: art. 121, § 1º, do CP) ou de aumento da pena (ex.: art. 226, do CP).

Portanto, é necessário que a elaboração da lei penal seja um ato de serena reflexão e extrema cautela, não podendo ser produto de estados emocionais individuais ou coletivos, provocados por fatos que suscitem maior reprovação e reações pessoais instintivas de caráter vingativo.

Merecem a maior consideração e respeito os sentimentos e a justa revolta de todos quantos tenhamos vítimas da impiedosa violência, que elimina a vida de pessoas absolutamente inocentes. Contudo, a lei

penal não pode ser feita em função de abaixo-assinados, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos que os inspirem. Deve-se lembrar que o rigor da Lei nº 8.072, obtido, anteriormente, por via de abaixo-assinado, não evitou a ocorrência de crimes, previstos naquela lei, os quais se repetiram, causando a dor e a saudade dos que, agora, reeditam o recurso do abaixo-assinado.

O que poderia reduzir o crime e a violência seria a mobilização da sociedade, não para exigir leis mais severas, que já existem, mas, sim, para exigir vontade política a fim de retirar da rua os menores, órfãos de tudo, que não têm, no presente, nem terão, no futuro, qualquer motivo para respeitar as pessoas e seus bens; bem como, para evitar o desespero dos pais, que não podem dar de comer a seus filhos, em razão do desemprego. Imediatamente, urge evitar a impunidade, não mediante episódicas forças tarefas, mas, *sempre*, pela efetiva aplicação e execução das penas, observadas as normas constitucionais.

Como é sabido, a nossa ordem jurídica funda-se sobre o primado da Constituição, significando isso que o Congresso Nacional não pode fazer lei com qualquer disposição que contrarie a Constituição. Quando tal contrariedade ocorre, o Poder Judiciário não só pode como deve declarar a lei ou parte dela inconstitucional e, a partir de tal declaração, a lei ou parte dela deixa de ser aplicável. Havendo incompatibilidade entre a Constituição e a lei ou parte dela, esta é que deve perder a sua eficácia.

É certo que a Constituição, também, pode ser modificada, mas, para modificá-la são necessários três quintos dos votos dos membros da Câmara e do Senado (art. 60, § 2º, da própria Constituição). Contudo, há normas constitucionais consideradas tão importantes que não se alteram nem mesmo pela unanimidade dos votos de todos os membros do Congresso Nacional. Elas formam um conjunto especial, agrupado em um capítulo denominado "Dos Direitos e Garantias Individuais" e o art. 60,

§ 4º, da própria Constituição, diz que "*não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais*". Somente por uma Assembléia Nacional Constituinte, cujos membros tivessem sido eleitos para elaborar outra Constituição, seria possível, em tese, desde que se tratasse da implantação de uma ditadura, surgir alguma disposição contrária aos direitos e garantias individuais.

Isto posto, a disposição constitucional que instituiu a "individualização da pena" está situada entre as garantias individuais e, como tal, só pode ser alterada por uma Assembléia Nacional Constituinte. Daí, a razão pela qual as normas dos direitos e garantias individuais são qualificadas como "pétreas", porque, em princípio, são imutáveis pelo legislador **não investido de poderes constituintes** e cuja competência se restringe às suas atribuições legislativas comuns (arts. 48 e 49, da CF).

Ao Supremo Tribunal Federal, composto de onze ministros de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101, da CF), compete, precipuamente, a Guarda da Constituição, incumbindo-lhe fazer respeitar as normas constitucionais e, conseqüentemente, negar validade àquelas que as contrariem, declarando-as inconstitucionais.

No pleno e regular exercício desta competência, o Supremo Tribunal Federal houve por bem declarar a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei nº 8.072. A decisão não fora tomada na primeira vez que os senhores ministros assentaram-se para examinar a espécie, pois os votos só foram proferidos depois de "pedidos de vista", o que quer dizer que se suspendeu o julgamento, sucessivamente, para que o ministro pudesse ter em suas mãos o processo, para exame mais acurado e prudente formação de seu convencimento.

Depois de muita discussão e demorada reflexão, os ministros concluíram pela inconstitucionalidade daquele texto legal, porque se chocava com o art. 5º, inciso XLVI, da Constituição, que consagra o

princípio da individualização da pena. (e não da "individualidade" como já se escreveu...).

Não é exato, também, que tenham os senhores ministros, por esta só decisão, escancarado as portas dos presídios e das cadeias públicas, pondo na rua todos os condenados por crimes hediondos, como alguns parecem supor. Em primeiro lugar, o Supremo Tribunal Federal não mandou soltar qualquer condenado. Limitara-se a Excelsa Corte, por seus ilustres membros, a declarar inconstitucional a proibição de progressão no regime de cumprimento da pena privativa de liberdade. Porém, a progressão é, apenas, um dos requisitos legais para que o condenado possa ser transferido de um regime de cumprimento de pena mais rigoroso para outro menos rigoroso.

Compete, agora, aos juízes da execução, em cada caso, verificar se o condenado reúne os demais requisitos para obter a progressão. O bom comportamento carcerário é um destes requisitos, o qual não se "inventa", de um momento para outro, porque deve ter sido demonstrado durante o cumprimento de ao menos um sexto da pena. Note-se que, exigindo a lei, ***ao menos um sexto de cumprimento da pena***, nada impede que o juiz, para formar sua convicção sobre o comportamento do condenado, possa, se julgar necessário, exigir dele maior tempo de permanência no regime anterior, para julgar o pedido de progressão (art. 112, da Lei de Execução). Além disso, o magistrado pode não se convencer da conveniência de conceder a progressão, considerando a personalidade do agente, sua motivação para o crime cometido, enfim, o grau de reprovação da conduta e o merecimento do condenado. A sua decisão concessiva, ou não, será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor (art. 112, § 1º da Lei de Execução).

Concedida a progressão para o regime semi-aberto, ao contrário do que se fez constar, o condenado não fica "*durante o dia fora*

da penitenciária e retorna à noite". Isso pode acontecer quando o condenado cumpre pena em *regime aberto* e não em semi-aberto. No regime *semi-aberto*, são, de fato, admitidos alguns benefícios com o objetivo de tentar a readaptação social do condenado, tais como saídas temporárias, para visita à família, freqüência a cursos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior, porém, tais benefícios dependerão de comportamento adequado, cumprimento mínimo de um sexto da pena, se o condenado for primário e um quarto, se reincidente, e compatibilidade do benefício com os objetivos da pena. Para a freqüência a curso, o tempo de saída será o necessário para cumprimento das atividades discentes e, se o condenado for punido por falta grave, desatender as condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso, o benefício será automaticamente revogado (art. 124, parágrafo único e 125, ambos da Lei de Execução).

Se o condenado por crime hediondo chegar ao regime aberto, não é verdade, também, que vá cumprir a pena em regime domiciliar, como se afirmara alhures. O recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular somente se admitirá quando se tratar de: *"I - condenado maior de setenta anos; II - condenado acometido de doença grave; III- condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante"* (art. 117, da Lei de Execução).

Alguns juízes e tribunais têm admitido, excepcionalmente, onde não exista a casa de albergado ou estabelecimento adequado, o recolhimento em residência particular do condenado sujeito ao cumprimento da pena em regime aberto. Mas, o condenado por crime hediondo jamais se enquadraria nesta situação, pela razão muito simples de que *não teria sido condenado a cumprir pena em regime aberto, mas, sim, em regime fechado*.

Está, pois, bem claro que o Supremo Tribunal Federal, ao admitir a progressão, cumpriu o seu dever precípua, que é o de eliminar

as normas que se choquem com o texto constitucional, especialmente com as do capítulo dos direitos e garantias individuais, tal como aquela do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, que afrontava a garantia da individualização da pena, porque impunha ao juiz indicar, para todos os condenados por crime hediondo, o mesmo regime fechado de cumprimento de pena, qualquer que fosse o grau de sua culpabilidade, seus antecedentes, sua conduta social, sua personalidade, seu motivo, e as demais circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima, com o que se ignoravam, também, os critérios estabelecidos para determinar o regime inicial de cumprimento de pena, previstos no § 3º do art. 33, do Código Penal.